R.^{do} Subtitu^{e}.



POR

DOÑA CATALINA Vinagre, viuda de Antonio Chumacero, vezina de Valencia, Orden de Alcantara.

CON

DON ALVARO FRANcisco de Vlloa, vezino de Caceres.

¶ Impressa en Granada por Martin Fernãdez Zãbrano, en la calle del Pan, Año de 1626.



OR Que los Abogados de dõ Aluaro han insistido a la vista del pleyto en dos cosas q̃ antes no auian dicho, nos ha parecido satisfazer a ellas, para que con mas facilidad se obtenga confirmacion de la sentencia de vista en la possession, y se pueda seguir el pleyto de la propiedad, y reconocer tambien la justicia que tiene en el doña Catalina, de que por nuestra parte se ha dado otra alegacion de derecho.

Atendiendo la otra parte a la dificultad de sus pretensiones, dize, que ya que en la possessiõ no pueda salir con todas, a lo menos en los bienes de la mejora del tercio y quinto que hizo don Fernãdo Chumacero a don Iuan su hijo, se le ha de dar la possession como sucessor en el mayorazgo del Alcayde Francisco Chumacero, substituydo en aquellas palabras de la clausula, ibi: *Y si el dicho Iuan o lo que naciere muriere antes de la edad de testar, sus bienes heredarà su madre por sus dias, y despues bolueran al dicho mayorazgo.* Y para esto tambien se valen de la particion que nueuamente han presentado, en la qual los contadores adjudicarõ el tercio y quinto a la postuma, como posseedora del mayorazgo del Alcayde Chumacero.

Tambien pretenden los abogados contrarios que la substitucion hecha por la dicha clausula en el mayorazgo del Alcayde Chumacero es compẽdiosa, y que siendolo auiendo venido a parar todos los bienes sobre que se litiga a la postuma, ha de suceder en ellos el mayorazgo por ser de naturaleza la substitucion compendiosa, que comprehende todos los tiempos, y en qualquiera que muera el grauado ha lugar.

A estas dos dificultades y fundamentos que para ellas traen los abogados contrarios, se satisfarà

por

por nuestra parte breuemente.

Para comprobacion del primer fundamento se dixo a la vista, que auiendo el testador mejorado a Iuan su hijo en el tercio y quinto de sus bienes, dixo que lo auia de lleuar con las condiciones del mayorazgo de la fortaleza que fundò el Alcayde Francisco Chumacero, y que esto fue hazer mayorazgo del tercio y quinto, con los mismos llamamientos que tiene el de la fortaleza, para lo qual se alegò a Grato, consi.102.num.10. lib.2. Socin. consi.122.num.33.lib.3.Decio consi.63.nume. 6. Bertrand.consi.74.num.33. Luys de Casanate cõsil.56.num.4. a esto se satisfaze, que los autores citados tratan la question en diferentes terminos que son los deste pleyto,pues vna cosa es dezir el testador que suceda el llamado por el con los vinculos, grauamenes y cõdiciones de otro mayorazgo, o hazer solamente relacion, que mejora con las condiciones del mayorazgo del Alcayde Chumacero,porque en el primer caso que es el que refiere Casanate en el dicho consejo 56. se haze relacion destas palabras, *Con los vinculos, grauamenes y condiciones*, que no puede dudarse sino que induzé mayorazgo. Y alli solo se dudò si auia de ser mayorazgo nueuo ad similitudinem antiqui maioratus, ò contener los mismos llamamientos y ser el mismo antiguo prorrogado, como lo refiere el mismo Casanate en el dicho consi.56.num.1. ibi: *Ratio dubitandi consistit in indagando an illa verba relatiua intelligantur similitudinarie, ita vt fideicõmissum sit nouum respectu personarum tamen ad similitudinem antiqui, & sub illis conditionibus vinculis, & grauaminibus positis in alijs bonis an vero intelligatur secundum veritatem, ita vt non censeatur nouum vinculum inductum, sed antiquum tantum fauore earundem personarum inantiquo comprehensarum prorrogatum ad bona de nouo vinculata, vt quæstionem proponit Peregrin. de fideicommiss. quæst. 16.num. 114.* Y en nuestro caso es muy diuersa

cosa

cosa dezir el testador que mejora a Iuan su hijo en el tercio y quinto de sus bienes con las condiciones del mayorazgo del Alcayde Chumacero, pues la palabra *condiciones*, por si sola no puede induzir mayorazgo, y refiriendose al mayorazgo del Alcayde Chumacero, ay muchas en el que tampoco le induzé como son, que aya de tener el posseedor los bienes bien reparados mientras viuiere, y que el posseedor para casarse ha de ser con persona limpia de toda mala raça. Y la condicion de no enagenar los bienes que se pudo poner en los del tercio y quinto, la qual obrara q̃ aunque todos se comprehendan en la substitucion pupilar (vt inferius aparebit.) no se podran enagenar, aunque puedan enagenarse los bienes comprehendidos en la pupilar, con justa causa y la solemnidad necessaria, vt per l.1. §. sed non nullos, ff. de tutell. & ration. distr. tenet ibi Bald. & in l. si á substituto ff. de legat. 1. Anton. Gom. tom. 1. cap. 4. nume. 6. versi. *Quinto facit.* Y otras condiciones se refieren en el dicho mayorazgo que pudieron ponerse en la mejora del dicho tercio y quinto, sin induzir mayorazgo. Y no es consequencia precissa que porque el testador mexorasse a Iuan su hijo, con las condiciones del mayorazgo del Alcayde Chumacero quisiesse hazer mayorazgo del tercio y quinto en el, y llamar a las mismas personas del dicho mayorazgo, ni los autores que se citan no lo prueuan, porque como queda dicho, Casanate en el dicho consi. 56. y los demas que el refiere, tratan la question quãdo el testador vsò de las palabras, *vinculos y grauamenes*, que son aptas y bastãtes por si solas para induzir mayorazgo, ex his quæ tradit Azeued. in rubr. titu. 7. lib. 5. nouæ recopilat. num. 7. D. D. Ioann. del Castillo controuers. iuri. lib. 2. cap. 22. num. 44. & nume. 50. & 51. & lib. 4. cap. 9. num. 10. y el testador en el caso deste pleyto diziendo, que mejoraua en el tercio y quinto a

Iuan

Iuan su hijo, con las condiciones del mayorazgo del Alcayde Chumacero, no fue dezir que queria que quedassen vinculados los bienes del tercio y quinto en la forma que estauan los bienes del dicho mayorazgo, ni que llamaua a los que sucediessen en el, ni podia conforme a derecho hazerlo, por ser el mayorazgo del Alcayde Chumacero, hecho con facultad Real, y en el tercio hauer de guardar la forma de la ley 27. de Toro, en los llamamientos que no se podian conformar en todo con los del dicho mayorazgo.

Ad hoc facit primo, quia in substitutione pupillari veniunt prælegata, & ad substitutos pupillares pertinent, l. cum pater in princip. ff. ad legem falcid. Bart. in l. Marcellus, §. quidam liberis, num. 3. ff. ad Trebellian. Corras. in l. cum virum, C. de fideicommiss. num. 41. ibi: *Tertia regula: prælegata veniunt in substitutione pupillari, quod par est, ac si dicemus prælegata substitutis pupillariter deberi, l. cum pater in princ. ff. ad legem falcidiam; pupillaris enim substitutio trahitur ad omnia bona impuberis, etiã quæ postea obuenniunt, &c.* Idem tenet Padilla, in d. l. cum virum, num. 27. qui neminem dissentire asserit, refert & sequitur, Menoch. de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 195. num. 8. & 9. & ratio est secundum eos, quia ad substitutos pupillares pertinẽt omnia bona pupilli vndecumque quæsita, l. sed & si plures, §. ad substitutos, ff. de vulgari, Alexãder Trentacinq. de substit. 2. part. cap. 15. num. 2. & sequẽt. D. D. Ioann. del Castillo, lib. 3. controuers. cap. 11. numer. 9.

De dõde biene, q̃ cõprehẽdiẽdose como se cõprehẽde el prelegado y mejora en la substitucion pupilar, no se puede dezir q̃ el pupilo posseyò los bienes del tercio y quinto como sucessor del mayorazgo del Alcayde Chumacero, quia per substitutionẽ pupillarem succeditur pupillo nõ testatori, §. 1. instit. de pupillari, l. si ita scriptum 8. §. qui

filio, ff. de bonorum possession. secundum Tabulas, l. pater filio 54. ff. de hæred. instit. l. 2. §. prius, versi. constat, l. si isqui ex bonis 6. l. si filius 12. l. ex duobus 34. ff. de vulgari, Mantica de coniecturis, vltimarum volunt. lib. 5. tit. 11. n. 2. Stephan. Gracian, disceptat. Forens. cap. 528. numer. 20. Ioann. Anton. Bellon. consi. 85. num. 4. Y sucediendo como se sucede al pupilo por la sustitució pupilar, y comprehendiédose en ella qualesquier bienes, aunque sean de mejora y prelegado, antes de la muerte del pupilo en la edad pupilar, no se puede dar possession en estos bienes tal, que impida al heredero que le ha de suceder, que no pueda tomar y darsele la possession dellos, como de los demas que quedaron por su fin y muerte, sin q̃ el sucessor del mayorazgo del Alcayde Chumacero lo pueda impedir, pues solo fue substituydo fideicomissariamente al sustituto pupilar, que auiédo muerto antes que la postuma, se caducò su substitucion, vt inferius dicemus, ex Bellon. consi. 84. numer. 5.

Facit secundo, quia quoties pater aliquem pupillariter substituit, & grauat fideicõmisso perinde est, ac si pupillus eum instituisset, & grauasset. Costa in cap. si pater, 2. part. in verbo, *debitæ*, nu. 15. de testament. Peregrin. de fideicommiss. art. 8. num. 24. Ioann. Anton. Bellon. consi. 36. nu. 69. vnde euenit, vt difficile sit dare casum, in quo á substituto pupilli non censeatur relictum fideicommissum, vt tradit Peregrin. art. 12. nume. 31. & 32. Donde funda y dize, que nunca el fideicomisso y vinculo es visto ponersele al pupilo por la pupilar sustitucion, sino al sustituto, & eo deffeciéte legitimis hæredibus, la razon es, porque el vinculo o fideicomisso es grauamen, que no se puede poner al hijo en su legitima, l. quoniam in prioribus, C. de inofficiosso, vbi DD. Ioann. Gutierrez pract. lib. 3. quæst. 57. num. 9. y sin su cõsentimiento

timiento no se puede sustentar aora sea mayor de edad o menor, l. si quando, §. & generaliter, C. de inofficiosso testament. Dom. Molina, de primog. lib. 2. cap. 1. num. 19. & sequentib. Y assi la substitucion fideicomissaria hecha en fauor del mayorazgo del Alcayde Chumacero, no puede tomar principio, ni tener efecto, sino es despues de auer sucedido el substituto pupilar, al qual se le puede poner el grauamen de restitucion, y no al pupilo en su legitima, vt tenet Bart. in l. ex tribus, C. de inofficioss. ibi: *Quærit glossa vtrum in legitima possit substitui per fideicommissum, & dic quod non istam quæstionem examinat plenè Dinus in l. 1. §. fin. ff. de vulgar. & pupil. & ibi dixi, & Cy. hic ponit verba Din. veritas est ista, quod ipse filius in legitima nō potest grauari per fideicommissum, quia ab ea omne grauamem sub ducitur, vt l. quoniam in prioribus, infra eodem; ff. de vulgari, & pupillar. l. eo hæred. §. cum filiæ, sed substitutus filio pupillariter grauari potest, per fideicommissum in legitima, vt l. si fundum, per fideicommissum, § fin. cum l. sequenti, ff. de leg. 1. no. benè,* sequitur Salizet. ibi, nume. 5. Iass. 2. Paulo, num. 3. Bald. nume. 1. Petr. Surd. consi. 31. nume. 47. Anton. Gomez, tom. 1. variarum, cap. 4. num. 12. ratio est secundum eos, quā ponit, Bald. vbi proximè, d. num. 1. ibi: *Sed hic quæro primo, quæ est ratio, quod in legitima potest substitui directè, & non per fideicommissum, respondeo quod substitutio directa est prouisio filij, argument. ff. de vulgari substitut. l. ex facto in princip. & ff. de inofficioss. testament. l. Papinianus, §. sed nec impuberis, sed substitutio fideicomissaria est grauamen, quod in legitima poni non potest.*

Facit tertio, quia substitutio pupillaris, ac per consequens fideicommissaria poterit euanescere, saliendo el pupilo de la edad pupilar, l. si fundum, per fideicommissum, alias si titio pœcunia, §. fin. l. quòd fideicommissum 96. ff. de leg. 1. & ibi Bart. Aluericus, Bald. & Iasson, & communiter Doctores, Anton. Gomez, tom. 1. variar. cap. 4. nume. 12. Segun

12. Segũ lo qual no puede tener principio el fideicomisso en el mismo pupilo, supuesto que está pẽdiente todo lo que se comprehende en la pupilar de morir el pupilo antes de la edad de poder testar, y muriendo despues cessa tambien, ex supradictis iuribus, y comprehendiendose en la pupilar el prelegado y mejora, como queda fundado, no puede tener lugar hasta llegar el caso de poder suceder por la dicha sustitucion pupilar.

Facit quarto, quod caducato primo gradu censentur caducati sequentes, Bart. in l. quandiu, 68. num. 10. versi. *sed si prima*, ff. de acq. Peregrin. de fideicommiss. arti. 15. num. 20. & 21. Menoch. consi. 200. num. 95. Ioann. Anton. Bellon. consi. 84. num. 1. quod procedit quando primus gradus continet directam secundus vero fideicommissariam, Alexand. consi. 1. num. 15. volum. 1. Socin. sen. consi. 51. num. 15. volum. 1. & iunior. consi. 180. num. 64. volum. 2. Menoch. consi. 399. nu. 3. & 17. Peregrin. art. 15. num. 20. Ioann. Anton. Bellon. consi. 84. num. 3. Y en terminos de sustitucion pupilar, demas del Consejo de Menoch. 106. nume. 381. Peregrin. de fideicommissis, art. 15. nu. 21. don Francisco de Barri, de succesionib. testat. & intest. lib. 4. tit. 8. nume. 4. citados por nuestra parte en la primera alegacion de derecho, fol. 17. dize y funda lo mismo largamente Ioann. Anton. Bellon. consi. 84. nu. 4. refiriendo muchos Autores, his verbis: *Idem est quando pupillariter substitutus grauatur fideicommisso, nam extincta pupillari substitutione, extinguitur, & per consequens fideicõmissum, l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus, l. ita tamen 27. §. à patre, ff. ad Trebellian. Bart. in l. quandiu 68. numer. 10. versi sed si prima, ff. de adquir. hæredit. Castro, dicto consi. 422. versi. nec obstat. volum. 2. Ruin. consi. 99. num. 14. volum. 2. latè Peregrin. art. 15. nu. 21.* Y comprehendiendose como se comprehenden los bienes del prelegado, y mejora del tercio

y quinto

y quinto en la sustitucion pupilar, como queda fundado todo lo que depende della, y por el consiguiente la fideicomissaria quedô extinta, con lo qual no se puede dezir que los bienes del tercio y quinto se posseyeron por de mayorazgo, pues quedaron comprehendidos en la pupilar, y esta se caducò antes de llegar el caso de suceder el mayorazgo del Alcayde Chumacero.

Nec prædictis obstat la particion hecha entre la postuma y su madre, en que los Contadores dizen que adjudican los bienes del tercio y quinto a la dicha menor, como sucessora en el mayorazgo del Alcayde Chumacero, para que los tenga por su vida, pues consistiendo en derecho el adjudicarselos por vinculados, no lo pudieron hazer, y la dicha calidad con que se los adjudicaron fue ninguna, pues lo es todo lo que ellos determinan consistiẽdo en derecho, por obstarles la prohibicion de la ley del Reyno, vt testatur Castellus, in l. 27. Tauri, versi. *quæro an isti*, donde dize auer visto muchas vezes dar por ningunas las quentas en que los Cõtadores se han entremetido a juzgar puntos de derecho, y lo mismo dize Ayora de partit. cap. 4. part. 5. numer. 24. quos refert & sequitur Escobar de ratiocinijs, cap. 8. num. 25. Y auiendo sido mejorado Iuan en tercio y quinto por su padre, y sucediendo en el y en los demas sus bienes la postuma por la sustituciõ tacita que se induze entre los dos hermanos, y no por ser sucessora en el mayorazgo del Alcayde Chumacero, como se ha fundado en la primera informacion de derecho, bien claro està que no pudieron entremeterse a juzgar este punto los Contadores, y que el hazerlo causò nulidad, y assi la calidad de que los bienes del tercio y quinto los auia de tener como vinculados, fue nula, y como si no se pusiesse, y no puede impedir la possession al heredere abintestato, y no solo posseyendo la postuma, a quien sucediô doña Catali-

na Vinagre , no se le podia impedir la possessión a su heredero, pero aun quando posseyera vn tercero, siendo como el titulo era nullo no podia hazer lo, ni aun fuera legitimo contradictor para impedir la possession al heredero abintestato, vt tradit Stephan. Gracian. alios referens disceptationum forensium, cap. 339. num. 11. 12. & sequentib. ibi: *Et habens titulum illicitum, non est legitimus contradictor, ad impediendam immissionẽ, ex l. fin. C. de edict. diui Adr. tollen. Gozadin. consi. 93. num. 6. Beroio, consi. 60. num. 4. lib. 2. & consi. 176. numer. 50. eodem lib. Roland. consi. 2. in fine, num. 47. lib. 3. cum semper, quo ad huiusmodi contradictores attendatur, vt possessio non sit vitiosa, sed legitima*, paria enim sunt titulum nó habere, aut eum habere, qui sit nullus, l. nec vllam, ff. de petitione hæredit. Afflictis, decisi. 228. nu. 2. Roland, consi. 9. num. 46. lib. 3. Petrus Surd. decisi. 45. num. 17. Stephan. Gracian. cap. 45. n. 33. & cap. 339. nu. 11. Y si el posseedor con titulo nulo no puede impedir la possession al heredero de los bienes q̃ quedaró por fin y muerte del testador, quãto menos podrá el tercero, q̃ pretende que entre los bienes del difunto quedaron algunos q̃ posseya por de mayorazgo, impedir esta possessió, no mostrandolo con euidencia, que en este caso no la puede auer, pues ni los contadores pudieró en la particion adjudicar el tercio y quinto a la postuma con calidad de mayorazgo, ni ella consentirla por ser pupila, y no poder dar consentimiento a vn acto tan perjudicial, ni el darle podia dañar, ni causar perjuyzio a la verdad; y assi es conclusion assentada, que aora el mayorazgo haga diuision y particion de los bienes del como libres, aora el q̃ possee bienes libres los adjudique, o diuida como de mayorazgo, auiendo yerro en la diuision, no solo no daña a los que pueden pretender tener derecho a los bienes, sino tampoco a los mismos que la hizieron, l. si post diuisionem, C. de iuris, & fac-

ti

ti ignor. l. maioribus, C. commu. vtriusque iuditij, l. si soror. C. de colat. latissime Mieres de maioratib. 4. part. quæst. 35. per totam, vbi hoc etiã procedere testatur etiam si cum iuramento, sit facta diuisio. Y aunque huuiera alguna verisimilitud de que entre los bienes de la herencia auia algunos que pudiessen ser de mayorazgo, esto no podia impedir el juyzio de la possesion; sino q̃ auia de reseruarse para el de la propiedad, como en terminos de bienes feudales y libres, refiriẽdo el cõs. 41. nu. 11. de Curc. iun. lo tiene Roland. in consi. 2. vol. 3. num. 43. ibi: *Vlterius dicitur, quod quando in bonis defuncti relicta sunt bona allodialia, & fæudalia, quod hæres ipse mittendus esset in possessionem per ea, quæ notat Curc. iun. in consi. 41. nu. 11. vbi consuluit fœminas immittendas fore in possessionem bonorum fæudalium, cum sit possibile, quod aliquo casu fœminæ sint capaces, prout in multis casibus contingit; quod discutiendum non venit in iuditio possessorio, sed potius reseruandum in petitorio attento maximè, quando possunt esse cõmixta allodialia, & fæudalia, quorum discussio, vel separatio nõ est fienda in iuditio possessorio, sed petitorio.* Y a este proposito viene la decision Valent. 24. n. 22. & sequent. maximè, num. 25. de don Hieronymo de Leon, referida en la primera alegacion, y lo demas que se dize al fin del primero articulo, donde se funda que se dio la possesion al heredero abintestato de todos los bienes del difunto, no solo de los libres, sino tambien de aquellos que el y su padre auian posseydo por de mayorazgo, reseruando lo que tocaua al vinculo para la propiedad, porque solo era disputable el caso, y requeria mayor conocimiento de causa.

Demas de lo qual doña Catalina Vinagre, heredera de la postuma, que murio menor de catorze años, tiene pedida restitucion, en caso que la adjudicacion del tercio y quinto, con calidad de vinculo fuesse valida, la qual le compete, pues si el tercio

cio, y quinto no auia llegado el caso en que su padre quiso fuesse vinculado, no se le pudo adjudicar con grauamen, y de auerlo hecho resultò lesiõ, y contra la diuision y particion se admite restitucion, l. 1. C. si aduers. transact. vel diuisionem, latissimè Sforcia de restitut. 2. part. quæst. 66. artic. 4. num. 25. versi. *congruit etiam*, y al heredero del menor se transmite el derecho de poder pedir restitucion, l. minor. 19. §. non solum, ff. de minoribus, ibi: *Non solum autem minoribus, verum successoribus quoque minorum datur in integrũ restitutio, & si sint ipsi maiores*, l. non solum, ff. de in integrum restitut. l. ea quæ, §. 1. C. de tempor. in integrum restitut. peten. Petrus Barbossa, in l. quia tale 14. ff. solut. matrimon. num. 48. versicul. *vltima limitatio*. La razon es, porque el beneficio de la restitucion es mixto, q̃ participa de personal y real, y assi obserua la naturaleza de real para efeto de transmitirse al heredero, vt latissimè tradit Barbossa, vbi proximè, num. 49. Y supuesto que a doña Catalina cõpete restitucion en caso que le sea necessaria, por resultar lesion de auerse adjudicado a la postuma los bienes del tercio y quinto, con grauamen de vinculo, no puede ser de consideracion la oposiciõ contraria para impedir la dicha possession, mayormente, que tambien tiene apelado de la particiõ, con que su efeto está suspendido, y por todos caminos parece justificada su pretension.

En quanto a la segunda oposicion que a la vista hizieron los Abogados contrarios, pretendiendo fundar que la sustitucion hecha en fauor del mayorazgo del Alcayde Chumacero, es compendiosa, y siendolo comprehende diferentes tiempos y sustituciones, mediante las quales, aunque la madre muriesse antes que la postuma, sucederá el mayorazgo, ex doctrina Bart. in l. quandiu 68. ff. acquirenda hæredit. se responde breuemente por nuestra parte.

Lo

Lo primero, que la dicha sustitucion hecha en fauor del mayorazgo del Alcayde Chumacero, concebida en aquellas palabras de la clausula; *Sus bienes heredarà su madre por sus dias, y despues boluerán al dicho mayorazgo*, es fideicomissaria, y por ningũ camino puede entenderse que es compendiosa, quia quoties quis instituit hæres ad vitam, & post mortem suam alius in eadem hæreditate hæres instituitur, primus hæres directus erit, secundus autem succedet per fideicommissum, Domin. Molin. de primog. lib. 1. capit. 14. numer. 11. Mantica de coniectur. lib. 4. titu. 5. in princip. numer. 3. Y assi auiendo sido instituyda la madre por su vida, y despues llamado el mayorazgo del Alcayde Chumacero, la primera institucion fue directa, y la segunda fideicomissaria meramente, y faltando la primera, cessò la fideicomissaria, sin q̃ el mayorazgo del Alcayde Chumacero pueda suceder en los bienes del testador, sino es auiendo lugar la sustitucion fideicomissaria, que es la con que está llamado.

Lo segundo, porque supuesto que el testador despues de la madre de los pupilos llamò al mayorazgo del Alcayde Chumacero, es forçoso para q̃ pueda suceder en sus bienes aya y subsista el llamamiento intermedio, porq̃ de otra manera no puede auer lugar su sustitucion, la razon es, porq̃ auiẽdo llamado al mayorazgo del Alcayde Chumacero, fue lo mismo que si le hiziera de todos sus bienes, conforme al Consejo 56. de Casanate, y Autores que el cita, y aora se tenga por mayorazgo formado, y hecho ad similitudinem illius, aora se tenga por el mismo prorrogado (que para nuestro caso no es de importancia) vendrian a quedar grauados los pupilos en sus legitimas, si como se pretende en contrario el mayorazgo del Alcayde Chumacero ocupasse el primer lugar despues de los pupilos, pues no hallandose sustituto interme-

dio a quien poder grauar, vienen a estarlo ellos, y conforme a las leyes del Reyno, todos los bienes de los padres son legitima de los hijos, excepto el quinto, y assi el grauamen de vinculo en este caso reijcitur, vt ex Bartol. in l. ex tribus, C. de inofficioss. & alijs supra diximus, & tradit ibidem Paul. nume. 3. Anton. Gomez, tom. 1. variarum, capit. 4. numer. 12. De donde viene, que no puede darse sustitucion, por la qual inmediatamente vengan a quedar grauados los pupilos en sus bienes con grauamen de vinculo, ni puede obrar la sustitucion, que llaman compendiosa los Abogados contrarios, aunque la huuiera en este caso, que quede hecho vinculo y mayorazgo en los pupilos, grauandolos en su legitima por la dicha sustitucion, que por ser mayorazgo el sustituydo, la misma sustitucion con que es llamado, es mayorazgo formado, pues el llamamiento no se haze à persona particular, sino al mismo mayorazgo, con lo qual auiendo lugar la sustitució, los bienes quedan agregados a el, y el grauamen en la misma herencia que contenia la legitima de los hijos, vt tenet Ruin. consil. 97. in fin. vol. 2. quem refert & sequitur Hieronym. Gabriel. consil. 117. numer. 34. volum. 14. ibi: *In simili specie idem sentit Ruinus, consil. 97 colu. fin. volum. 2. vbi scribit, quando non nominatim, sed impersonaliter onus in iungitur intelligi grauatam esse hæreditatem.* Y no es contra esto lo que queda dicho al principio deste papel, cerca del tercio y quinto, en que fundamos que no està llamado el mayorazgo del Alcayde Chumacero, en las palabras de la clausula, en que mejora el testador a Iuan su hijo en el tercio y quinto de sus bienes, con las condiciones del mayorazgo del Alcayde Chumacero, porque en la sustitucion hecha en el despues de la madre, le llama en aquellas palabras, *y despues bolueran al dicho mayorazgo*, en las quales como queda dicho fue llamado, per fideicom-

missum

missum el dicho mayorazgo.

Lo tercero, que de las palabras con que está sustituydo el mayorazgo del Alcayde Chumacero, se colige con euidencia que es por sustitucion fideicomissaria, y no por otra, vt patet ibi: *Sus bienes heredarà su madre por sus dias, y despues bolueran al dicho mayorazgo*, que es lo mismo que si se dixesse, sus bienes heredarâ su madre de los pupilos por sus dias, y despues de auer heredado, y gozadolos por sus dias, bolueran al dicho mayorazgo, hoc suadetur ex vi verborum, nam verbum, *heredarà*, significat actum perfectum, & effectum existentiæ hæredis, vt tradit Sforcia de compendiosa, partit. 4. quæst. 2. artic. 1. numer. 20. verbo, *hæreditet*, vt patet ibi: *Nam hæreditare significat effectum ipsius existendi hæredis, sicut dominari effectum ipsius existendi domini*, y tambien la palabra, *despues*, que corresponde á postea denotat actum perfectum, & non pendentem, vt in l. nam & postea, ff. de iure iurand. l. si quis postea quam, ff. de iudicijs, Tiraquell. de retractu lignag. §. 1. gloss. 11. nume. 50. & ante eum Alberic. in l. 1. §. qui præsens, nume. 4. ff. de iudicijs, Cenedo practicar. & Canonic. quæst. singul. 82. numer. 4. Y assi de las dichas palabras se saca y colige con euidencia, que el testador quiso que despues de auer entrado los bienes de los pupilos en su madre, y gozado dellos por su vida, fuessen al mayorazgo, lo qual denota sustitucion meramente fideicomissaria, y no otra, quia fideicommissaria substitutio est quædã obliqua substitutio, seu restitutio facienda per hæredem, text. est in l. 1. & per totum, ff. ad Trebellian. & in §. 1. de fideicommiss. hæredit. l. 14. tit. 5. partit. 6. Anton. Gomez, tom. 1. cap. 5. nume. 1. Y auer dicho el testador que heredasse la madre por sus dias, no es de impedimiento para que dexe de entenderse que se comprehendiò la propiedad, como se fundó en la primera alegacion de derecho,

recho, dada por nuestra parte; porque el poner el testador semejantes palabras, fue porque se auian de restituyr los bienes de la herencia despues de sus dias, ad quod est text. ad propositum, in l. fin. ff. de vsufruct. earum rerum quæ vsu consum. donde el Iurisconsulto dize, que auiendo dexado vn testador a Ticio cierta cantidad de dinero para q̃ la gozasse por su vida, y despues boluiesse a Meuio, que aunque hiziesse solo mencion del vso del dinero, se ha de entender que le dexò la propiedad, y que el hazerse mencion del vso, y no de la propiedad, fue para denotar que auia de restituyrse a Meuio despues de su muerte, y no es poco de notar este texto, pues del se saca que las palabras de la clausula, *despues bolueran al mayorazgo*, son significatiuas de la sustitucion fideicomissaria, y que las palabras, *heredarà su madre por sus dias*, contienen la propiedad, y denotan que fuesse heredera con efeto, por voluntad expressa del testador, en cuyos terminos no puede tener subsistencia la sustitucion hecha en el mayorazgo, ni començar desde el segundo grado, auiendo faltado el primero, vt eleganter notat Stephan. Gracian. alios referens disceptationum forens. cap. 771. nume. 45. his verbis; *Prout passim quando testator voluit, cũ effectu primum institutum esse hæredem, & seruari legem testamenti, nunquam potest incipere substitutio à secundo gradu, si primus gradus fuit peremptus, cum enim testator supponat illum esse hæredem, substitutio non procedit prima deffecta, tanquam hoc esset contra mentem testatoris, prout concordando opiniones communiter distinguunt Doctores, & consuluit Alexand. consi. 1. lib. 1. Corneus, consil. 199. in præsenti consultatione, lib. 2. Roland. consi. 58. numer. 57. lib. 3. Angel. in l. qui habebat, in gloss. vltima, ff. de vulgari, & pupillar. Bursat. consil. 97. num. 7. & 8. & latè dixi, decisi. Marchiæ 140. num. 1. vsque ad 12.* Y bien claro parece por las palabras de la clausula, que el testador quiso que con efeto heredasse

dasse los bienes la madre de la postuma, assi por auer vsado de palabras, que lo muestran claramente (vt supra diximus) como por ser muger propria, y madre de los pupilos, y su heredera legitima abintestato.

Nec prædictis obstat, quód substitutio facta post mortem, sit compendiosa secundum Authores adductos, pro contraria parte, scilicet Hieronym. Gabriel, consi. 104. num. 1. volum. 1. Ruin, consi. 139. nume. 23. volum. 3. Roland. á Valle, consi. 25. á num. 13. cum sequentib. vol. 1. Beroi. consi. 128. nume. 2. vol. 2. Sforcia Odd. de compendiosa substit. particul. 4. quæst. 1. arti. 1. versi. *sed tamen veritas est*, Hieronym. Gabriel. consi. 117. nume. 11. volum. 1. Y que la sustitucion hecha en el mayorazgo del Alcayde Chumacero, se hizo por palabras, que significan lo mismo que si se dixesse, *post mortem*, y assi será compendiosa, mediante la qual el dicho mayorazgo se subrogó en lugar de la madre de la postuma, para que auiédo muerto antes aya de sucederle, ex doctrina Bart. in d. l. quandiu 68. ff. de acquirend. hæred. mas a esta oposicion, que es en la que hazen mas esfuerço los Abogados contrarios, se responde con facilidad.

Que la sustitucion hecha en fauor del mayorazgo del Alcayde Chumacero, no es ni puede ser compendiosa, porque de las palabras de que vsó el testador, no se puede inferir ni sacar que quisiesse llamarle por sustitució compendiosa, quia substitutio compendiosa est, quæ sub conditione mortis, vel alia plura complectitur tempora, Bart. & Doctores, in l. Centurio de vulgari. Couarr. in c. Raynuncius de testam. §. 9. nume. 1. Anton. Gomez. tom. 1. variarum, cap. 7. nume. 1. Spino, in speculo testament. gloss. 24. de cópendiosa subst. num. 1. Sforcia de compendiosa, partic. 1. in princip,nu. 1. Alex. Trentacinq. de substitut. 4. part. cap. 1. num. 1. & sequentib. y ya oy por la l. 12. tit.

5. part. 6. sustitucion compendiosa es aquella que comprehende compendio verborum, diuersos tiempos, nempe pupillaris ætatis, & pubertatis, & non ea, quæ tempus aditæ, & non aditæ hæreditatis, vt tradit Couarr. alios referens, in cap. Raynuncius de testam. §. 9. n. 1. versi. secundum. Y en el caso deste pleyto no conuienen las palabras de la clausula con la dicha difinicion, porque dezir el testador q herede sus bienes de los pupilos su madre por sus dias, *y despues boluerán al dicho mayorazgo*, ni es hazer mencion de muerte en esta sustitucion, ni cosa por donde se pueda inferir que es compendiosa; pues la diccion *despues*, no se ha de entender y estender de manera que diga y signifique lo mismo que si se dixesse, *post mortem*, porque se ha de referir a todo lo antecedente, en que el testador dize, *sus bienes heredará su madre por sus dias, y despues boluerá al dicho mayorazgo*, id est, despues de auer heredado la madre, y gozado los bienes por sus dias, boluerá al mayorazgo, y estas palabras son de sustitucion meramente fideicomissaria, porque como queda fundado, ha de ser la madre primero heredera con efeto, para que pueda suceder el mayorazgo del Alcayde Chumacero despues de su muerte, y como resuelue D. Molin. de primog. lib. 1. cap. 14. nume. 11. Mantica de coniect. lib. 4. tit. 5. in princip. nu. 3. quando quis instituitur hæres ad vitã, & post mortem alius in eadẽ hæreditate hæres instituitur, primus hæres directus erit, secundus autem succedet per fideicommissum, quia licet quis instituatur hæres in vsufructu nullo interim dato cohærede in proprietate, est hæres insolidũ, l. 1. §. si. ex fundo, & l. si ex facto, & l. si ita quis hæres institus fuerit excepto fundo, ff. de hæred. instit. vbi DD. Alex. consi. 111. lib. 2. versi. secundo præsupono. Y assi la palabra, *despues*, no induze compendiosa, ni tiene el sentido que se aplica en contrario, antes de su naturaleza es apta para la sustitucion fideicomissa-

ria,

saria, vt in l.14.tit.5.part.6. Y daríamos, que si por ella se huuiesse de entender la substitucion compendiosa, casi todas las fideicommissarias en que se hazen muchos llamamientos lo fueran, pues por la mayor parte se forman llamando a vnos en primer lugar, y despues a otros, vsando en ellos de la palabra, *despues*, la qual denota acto consumado y perfecto, vt supra diximus, y no es apta para comprehender muchos tiempos, ni el anterior ni presente, latissime Tiraquell. in l. si vnquam, C. de reuocand. donat. verb. *Et postea*, num. 1. & seq. Horat. Epistol. libr. 2. Epist. 1. ad August.

An quos, & præsens, & postea respuet ætas.

Præterea, aun quando en la dicha substitucion y clausula se huuiera vsado de las palabras, *Post mortem*, no siempre induzen compendiosa, como en mas fuertes terminos lo funda Esforcia de Compendiosa, post præludia, part. 1. num. 13. ibi: *Secundo quia potest fieri substitutio, sub conditione mortis, vel alia multa complectens tempora, quæ tamen non erit compendiosa, videlicet, quandocumque decesseris restituas hæreditatem Titia, quia est simplex fideicommissaria, secundum communem de qua infra dicemus, &c.* Facit l. cohæredi §. cum filiæ, ff. de vulg. & quæ tradit Dom. Couarr. in d. cap. Raynuntius, §. 9. n. 1. versic. *Quinto inde fit.* Y ay muchos textos que vsan de las palabras, *Post mortem*, en la fideicommissaria, y lo mismo los Autores a cada passo, l. hæredes mei, ff. ad Trebelian. l. post mortem 12. C. de fideicommiss. l. cum pecunia ff. de vsufruct. earum rerum. Donde se vsò de las palabras, post mortem, y de la palabra, *bueluan*, de la dicha clausula, y ambas denotã restitucion y fideicomisso; y Autores demas de Molin. y Mantica en los lugares arriba citados. Alexand. cõsil. 111. lib. 2. donde pone el caso en vn testador que dexò a su muger por vsufrutuaria por sus dias, y despues de su muerte substituyò a su hermano, y resuelue, que la muger fue heredera vniuersal, y el substituydo

despues de su muerte fideicomissario, y cita a Bald. Salicet. Angel. y otros, y es esto tan ordinario, assi en textos, como Autores, que si se huuiessen de jũtar los que lo dizen, se gastára mucho tiempo y papel; y los citados por el Abogado contrario, que sacan compendiosa substitucion de las palabras, *post mortem*, hablan en casos particulares, con circũstancias, que no es dudoso que la aya en ellos.

Finalmente, para que huuiera lugar la doctrina de Bart. in d. l. quamdiu, era necessario que la substitucion del substituydo en segundo lugar, fuera meramente compendiosa; y aunque para hazer esta substitucion no sea necessaria la palabra, *quandocumque*, de que alli vsò Bart. vt latè tradit Alexan. Trentacinq. de substit. 4. part. cap. 5. per totum, Greg. Lop. in d. l. 12. tit. 5. part. 6. verb. *Se faze desta guisa*, es con todo esso necessaria para comprehender todos los tiempos, Menoch. videndus de præsumpt. lib. 4. præsumpt. 51. nume. 6. Augustin. Barbosa de diction. & clausulis dict. 256. porq̃ como se ha dicho, cũ D. Couar. in d. §. 9. nu. 1. cõpendiosa, cõprehẽdit tẽpus pupillaris ætatis, & pubertatis, y la palabra, *quandocũque*, es muy general y cõprehensiua, y si se pusiera en las palabras de la clausula (que no solo no se hizo, sino antes vsò el testador de la palabra, *despues*, que es contraria a ella) tuuieran mas fundamento para valerse de la doctrina de Bart. in d. l. quandiu, la qual no procede en este caso, ni hallamos que siendo particular su determinacion, pueda aplicarse al deste pleyto, en el qual ay tantos fundamentos para que deua juzgarse conforme a la pretension de Doña Catalina. Salua V. D. C. &c.